

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
BRUNO SÉRGIO BARBOSA**

**ANÁLISE JURÍDICA DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL EM
2020**

**RUBIATABA/GO
2020**

BRUNO SÉRGIO BARBOSA

**ANÁLISE JURÍDICA DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL EM
2020**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Pedro Henrique Dutra, Mestre em Ciências Ambientais.

**RUBIATABA/GO
2020**

BRUNO SÉRGIO BARBOSA

**ANÁLISE JURÍDICA DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL EM
2020**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Pedro Henrique Dutra, Mestre em Ciências Ambientais.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM __ / __ / ____

**Pedro Henrique Dutra, Mestre em Ciências Ambientais
Orientador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Fabiana Savini Bernardes Pires de Almeida Resende, Mestre em Ciências Ambientais
Examinadora
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Fernando Hebert de Oliveira Geraldino, Especialista em Direito Público
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

Às minhas cuidadoras, mãe e avó, que de tanto lutam para que eu possa existir aqui.

EPÍGRAFE

“E, se forem necessárias biografias, que não sejam aquelas que têm por refrão: ‘Fulano de tal e seu tempo’, mas as que deveriam ter por título: ‘um lutador contra seu tempo’”.

Friedrich Nietzsche

RESUMO

Em 2019 foi a julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº26/DF, proposta por um partido político, requerendo a criminalização da homofobia por inconstitucionalidade por omissão. A pesquisa, portanto, se propõe a analisar a criminalização da homofobia dentro de seus aspectos jurídicos. O objetivo geral, portanto, é analisar se a não criminalização da homofobia se trata de uma inconstitucionalidade por omissão. Para construir a pesquisa, foi utilizado o método qualitativo, de pesquisa bibliográfica e de análise jurisprudencial. Primeiramente, foi-se discutido acerca dos conceitos sociais e jurídicos da Homofobia, afim de estabelecer o histórico da discriminação às práticas homossexuais, bem como compreender o que se entende por homofobia hoje no Brasil. Após, foi discutido acerca do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, afim de analisar detalhadamente quais os requisitos necessários para se configurar uma inconstitucionalidade por omissão. Por fim, foi realizada a discussão acerca do alegado descumprimento do dever constitucional de criminalizar a homofobia, com a análise do Art. 5º, XLI, da Constituição Federal de 1988, bem como da homofobia enquanto discriminação atentatória ao direito ou liberdade fundamental, e, também, da possível omissão legislativa do congresso nacional na criação de diploma legal para regularizar o mandamento constitucional.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade por Omissão. Homofobia. ADO nº 26/DF.

ABSTRACT

In 2019 the Direct Action of Unconstitutionality by Omission (ADO) No. 26 / DF was brought to trial by the Supreme Federal Court (STF), proposed by a political party, requiring the criminalization of homophobia for unconstitutionality by default. The research, therefore, proposes to analyze the criminalization of homophobia within its legal aspects. The general objective, therefore, is to analyze whether the non-criminalization of homophobia is an unconstitutionality by omission. To build the research, the qualitative method, bibliographic research and jurisprudential analysis was used. Firstly, it was discussed about the social and legal concepts of Homophobia, in order to establish the history of discrimination against homosexual practices, as well as to understand what is understood by homophobia today in Brazil. Afterwards, it was discussed about the control of constitutionality in the Brazilian legal system, in order to analyze in detail what are the necessary requirements to configure an unconstitutionality by omission. Finally, there was a discussion about the alleged breach of the constitutional duty to criminalize homophobia, with the analysis of Art. 5º, XLI, of the 1988 Federal Constitution, as well as homophobia as discrimination against the fundamental right or freedom, and, also, of the possible legislative omission of the national congress in the creation of a legal diploma to regularize the constitutional mandate.

Keywords: Unconstitutionality by Omission. Homophobia. ADO nº 26/DF.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ART.	Artigo de Lei
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
HC	Habeas Corpus
PLCD	Projeto de Lei da Câmara dos Deputados
PLS	Projeto de Lei do Senado Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

LISTA DE SÍMBOLOS

- § Parágrafo
- §§ Parágrafos

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. A HOMOFOBIA ENQUANTO FENÔMENO SOCIAL E JURÍDICO	17
2.1 A HOMOSSEXUALIDADE ENQUANTO FENÔMENO SOCIAL E JURÍDICO.....	18
2.2 A HOMOFOBIA ENQUANTO FENÔMENO SOCIAL E JURÍDICO	20
3 O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	26
3.1 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	26
3.2 O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À SUA CONFIGURAÇÃO.....	31
4 DO ALEGADO DESCUMPRIMENTO DO DEVER CONSTITUCIONAL DE CRIMINALIZAR A HOMOFOBIA NO BRASIL	38
4.1 DO ARTIGO 5º, INCISO XLI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	39
4.2 DA OMISSÃO LEGISLATIVA EM CRIMINALIZAR A HOMOFOBIA	44
4.3 HÁ A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NA NÃO CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA?	47
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	49

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico possui como escopo a criminalização da homofobia no Brasil. A discussão sobre a criminalização da homofobia é viável, legítima, oportuna e principalmente atual em 2020, visto que sua análise fundamenta-se na base jurídica que a discriminação da orientação sexual é uma afronta ao princípio da igualdade, porém em contramão, há os defensores que levantam críticas de que uma possível tutela penal em relação a tal tema acabe por impor um limite à liberdade de expressão.

Este trabalho tem como problema central se a não criminalização da homofobia é uma inconstitucionalidade por omissão. Destaco que esta problemática surgiu do conhecimento do pesquisador sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26/DF.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garante algumas proteções referentes à liberdade individual do cidadão e seus direitos fundamentais com a dignidade da pessoa humana. Como mecanismo de atuação na eficácia dos mandamentos constitucionais, ela trouxe, então, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão afim de corrigir e, ainda, tirar da inércia as omissões de leis infraconstitucionais que dariam eficácia aos mandamentos constitucionais não atendidos.

Nesse sentido, ao final de 2013, o Partido Popular Socialista (PPS) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, demandando, ao Supremo Tribunal Federal: a) o reconhecimento de omissão legislativa inconstitucional na elaboração de lei que tipifique a discriminação em razão da orientação sexual (homofobia) e da identidade de gênero; b) a ordem para que o Congresso Nacional edite diploma legislativo que criminalize tais espécies discriminatórias; e c) a aplicação temporária da Lei 7.716/89 aos casos de Homofobia¹.

No fundamento de seus pedidos, o partido político afirmou que, na visão do “racismo social”, teoria já adotada pelo Supremo Tribunal Federal, a homofobia seria

¹ STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO N.º 26/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>>. Acesso em: 01 de setembro de 2019

espécie discriminatória do gênero racismo. Nessa senda, criminalizar tais condutas por meio da aplicação da Lei de Racismo significaria efetivar o dispositivo constitucional previsto no inciso XLII, do artigo 5º, da Constituição Federal².

Ainda, sustentou que a ordem de criminalização da homofobia também pode ser vista no inciso XLI, do artigo 5º, da Constituição Federal, que determina a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais³.

A conclusão do julgamento, após os votos dos decanos, realizada em 13/06/2019, julgou procedente em parte a demanda ajuizada, declarando a omissão legislativa como inconstitucional e, ainda, aplicando aos casos de preconceito de orientação sexual a Lei 7.716/89⁴.

Portanto, o objetivo geral dessa pesquisa é analisar se há inconstitucionalidade por omissão a partir da não criminalização da Homofobia. Em consequência os objetivos específicos são: a) compreender o conceito de homofobia; b) compreender o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão e dos requisitos necessários à sua configuração; c) analisar o Art. 5º, inciso XLI da CRFB para entender se há o mandamento constitucional de criminalizar a homofobia e a possível omissão legislativa em regulamentá-lo.

A abordagem da pesquisa é qualitativa, ou seja, a pesquisa abordará a interpretação dos fenômenos jurídicos relacionados ao tema, com a checagem de material bibliográfico e documental.

A pesquisa utiliza o método dedutivo, partindo da revisão bibliográfica, pois a pesquisa envolve análise, avaliação e integração da literatura publicada, e também frequentemente conduzirá para conclusões importantes a respeito dos resultados de pesquisas realizadas, e, após, seguirá com a dedução, pois, será feita a interpretação dos resultados partindo das premissas encontradas no decorrer da abordagem.

E, especificadamente, para construir o trabalho monográfico e atingir os objetivos específicos 'a' e 'b', é utilizado o método de pesquisa bibliográfica acerca

² Idem.

³ STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO N.º 26/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>>. Acesso em: 01 de setembro de 2019

⁴ STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26/DF – DECISÃO DE JULGAMENTO. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 01 de setembro de 2019.

dos assuntos, afim de proporcionar ao pesquisador a análise e revisão do conteúdo bibliográfico já publicado.

Para atingir o objetivo específico 'c', é utilizado também a pesquisa bibliográfica, bem como a análise jurisprudencial, considerando a base documental da ADO nº26/DF, disponível no sítio eletrônico do STF, bem como as informações prestadas pelo Senado Federal, como também a revisão bibliográfica dos conteúdos abordados.

Portanto, a primeira etapa da pesquisa é feita através do levantamento bibliográfico feito em base de doutrinas, livros, artigos publicados e disponíveis na biblioteca da Faculdade Evangélica de Rubiataba e, também, àqueles disponíveis gratuitamente no sítio eletrônico do *Google Acadêmico*. A escolha das obras se deu pela própria disponibilidade delas, seja na biblioteca da instituição mencionada, sejam as disponíveis gratuitamente no sítio eletrônico do *Google Acadêmico*, que mencionem o tema e que tragam a base teórica necessária para aprofundamento na questão, bem como para trazer ao pesquisador o conteúdo já pacificado e aquele que ainda é suscetível de discussão.

Ainda, também se utiliza dos documentos jurídicos pertinentes, como as petições juntadas pelas partes no prosseguimento da ação, bem como outras jurisprudências relevantes para a solução do problema, disponíveis nos sítios eletrônicos dos Tribunais do Brasil.

Essa etapa é importante pois traz ao pesquisador os conceitos bases já pacificados na academia, como o de controle de constitucionalidade por omissão e seus requisitos, bem como o de homofobia e os papéis atribuídos ao poder legislativo na elaboração de leis para dar eficácia ao mandamento constitucional bem como dos limites de atuação do STF. Não se restringe ao uso físico dos livros ou qualquer das fontes bibliográficas, portanto também se utiliza de exemplares disponíveis gratuitamente em sítios eletrônicos.

A segunda etapa é de interpretar os dados coletados, bem como relacionar os conteúdos pesquisados afim de realizar a dedução, partindo do pressuposto geral, dos conceitos de Homofobia, de controle de constitucionalidade por omissão, do mandamento constitucional de criminalizar condutas previsto no Art 5º, XLI, da CRFB, e do papel do Congresso Nacional na elaboração de leis para dar eficácia ao mandamento constitucional para, então, chegar ao fato particular da criminalização da homofobia e à conclusão referente a inconstitucionalidade por omissão.

A questão de minorias no Brasil se tornou um tema frequente de leituras realizadas pelo autor da monografia que, com grande interesse em aprofundar a pesquisa sobre o tema, entende como necessário o debate acerca do ativismo judicial e, também, dos direitos garantidos àqueles que ficam à margem do Estado.

O índice de violência contra a população LGBT, em si, cria debates que devem ser analisados além da esfera social, recaindo também na esfera jurídica, considerando os direitos e garantias fundamentais do cidadão brasileiro com a promulgação da CRFB.

Ainda, é notável, dentro da cultura ocidental, a importância dos questionamentos acerca das liberdades individuais e o limite de atuação do Estado tanto para delimitá-las, quanto para protegê-las.

Portanto, no Brasil, principalmente após a esfera política nacional se debruçar sobre os conceitos de gênero e de orientação sexual, sendo, inclusive, pauta de debates em universidades, no Congresso Nacional e em instituições relevantes para o debate social, a criminalização da Homofobia se trata de um tema de extrema relevância para análise.

Por se tratar da esfera da liberdade individual do cidadão, ainda mais considerando que o ordenamento jurídico brasileiro sofre muitas críticas relacionadas ao ativismo judicial, se torna imperiosa a discussão acerca dos limites hermenêuticos da aplicação do direito e, ainda mais, da necessidade de ser cobrada a aplicação das normas fundamentais do Estado Democrático de Direito do Brasil.

É de tanta importância a reflexão e análise do tema em questão que a demanda de criminalização da Homofobia foi ajuizada por um partido político, o Partido Popular Socialista (PPS), na ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26, o que, por si só, já demonstra o grau de complexidade, envolvendo esferas jurídicas e políticas, além das grandes repercussões dos casos nas instituições religiosas e mais conservadoras do país, já que estas alegam possível limitação do direito à liberdade de expressão caso haja tutela penal no caso em tela.

O trabalho, portanto, foi dividido em três seções, numa sequência lógica de informações. A primeira seção, “A Homofobia Enquanto Fenômeno Social e Jurídico” aborda os conceitos jurídicos e sociais da homossexualidade e da homofobia afim de compreendê-los enquanto fenômenos que dizem respeito à liberdade individual. Traz, também, a evolução histórica e social das consequências jurídicas das práticas homossexuais, demonstrando que a homossexualidade já foi aceita, dentro da

estrutura social de povos antigos, mas também reprovada e até criminalizada em alguns costumes e até em leis.

A segunda seção, “O Fenômeno da Inconstitucionalidade por Omissão no Ordenamento Jurídico Brasileiro” aborda as definições, os limites e os requisitos para se verificar uma inconstitucionalidade por omissão. Foi subdividido afim de trazer maior elucidação acerca do controle de constitucionalidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro para depois trazer a inconstitucionalidade por omissão propriamente dita. Traz, também, os entendimentos e as discussões acerca da possibilidade de se verificar a omissão legislativa em diferentes momentos da formação da lei, seja na ausência total ou seja na mora em concluí-la.

A terceira seção, “Do Alegado Descumprimento do Dever Constitucional de Criminalizar a Homofobia no Brasil”, por fim, aborda a questão central da pesquisa, tratando do Art. 5º, inciso XLI, da CRFB/88, afim de discutir e compreender se há, de fato, uma inconstitucionalidade por omissão a falta de legislação infraconstitucional afim de criminalizar condutas discriminatórias à orientação sexual. Também foi dividida afim de trazer a análise da possível omissão legislativa do Congresso Nacional.

Os resultados da pesquisa foram que a Homofobia, enquanto violência física ou moral contra àqueles que apresentam relações afetivas com pessoas do mesmo gênero/sexo biológico, é um ato atentatório às garantias e liberdades individuais.

Em seguida, foi visto que para se configurar o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão, dois requisitos devem ser observados: *i)* o mandamento constitucional de legislar, que advém de um dispositivo constitucional de eficácia limitada, dependendo de uma norma infraconstitucional afim de regulamentar e dar eficácia/execução ao dispositivo; *ii)* omissão legislativa, que pode ser configurada tanto na fase inicial de propositura da lei (*inertia agendi*), quando o Poder legislativo deixa de realizar o processo legislativo que irá dar eficácia ao mandamento constitucional, quanto na fase posterior, quando a deliberação do processo legislativo já se iniciou (*inertia deliberandi*), contudo não é finalizada.

Por fim, foi visto que há a omissão legislativa por parte do poder legislativo em regulamentar o dispositivo constitucional do Art. 5º, XLI, da CF/88, que é um mandamento constitucional de criminalizar.

Então, estando preenchidos os requisitos, foi concluído que há a inconstitucionalidade por omissão na não criminalização da homofobia pelo poder legislativo brasileiro.

2. A HOMOFOBIA ENQUANTO FENÔMENO SOCIAL E JURÍDICO

Nessa seção pretende-se trabalhar os conceitos de homofobia conhecidos e utilizados no Brasil.

Para a construção dessa seção pretende-se fazer um estudo bibliográfico a partir de livros como *História da Sexualidade*, de Michel Foucault, *União Homossexual – O Preconceito & a Justiça*, da Maria Berenice Dias, bem como outros que comporão o acervo bibliográfico base da pesquisa, iniciando com leitura, comparação e coleta dos conceitos necessários, realizando a síntese e análise para se obter resultados suficientes à resolução do problema.

O acesso aos livros se deu por pesquisa eletrônica, principalmente através do sítio eletrônico do Google Acadêmico, possibilitando que o autor utilize obras das quais não teria acesso se dependesse da biblioteca física.

O conceito de homofobia verificado nessa seção leva em conta aspectos sociais e jurídicos afins de trazer à pesquisa esse conceito que não tem definição jurídica específica dentro do ordenamento brasileiro.

Por ser um conceito heterogêneo, sendo explorado fora da concentração jurídica baseada na lei, essa seção possibilita a resolução do problema com base no entendimento do conceito de homofobia.

Os principais resultados encontrados aqui foram que a homossexualidade é um termo associado ao comportamento dos indivíduos, tratando-se de afinidade, atração e/ou comportamentos sexuais entre indivíduos do mesmo sexo. Enquanto a homofobia passou a significar mais que uma simples repulsa à homossexualidade, mas também qualquer ato de discriminação contra esse grupo que se destaca pela sua orientação sexual e identidade de gênero singulares.

A seção será dividida em duas partes: a primeira abordará a homossexualidade enquanto aspecto social e jurídico; a segunda abordará a homofobia enquanto fenômeno social e jurídico.

Portanto, passa-se a primeira análise.

2.1 A HOMOSSEXUALIDADE ENQUANTO FENÔMENO SOCIAL E JURÍDICO

A presente subseção trata do conceito da Homossexualidade enquanto fenômeno social e jurídico. É de indispensável discussão e compreensão do termo para se chegar à resposta do problema, pois o ordenamento jurídico brasileiro não abarca o conceito de sexualidade por si só, dependendo de uma análise também social e histórica para que se possa utilizar o termo em um debate da ciência do direito.

Portanto, por ser um conceito heterogêneo à discussão, primeiro se precisa discutir essa premissa, pois não se pode chegar ao resultado do problema sem antes entender o sujeito a quem a discriminação ataca para que, então, o direito atue enquanto protetor da liberdade individual.

Dito isso, imperioso destacar que por se tratar do tema da presente pesquisa a criminalização da homofobia, antes de compreender o conceito central de homofobia, se faz também necessário entender o conceito de homossexualidade.

A homossexualidade, enquanto termo associado ao comportamento dos indivíduos, trata-se de afinidade, atração e/ou comportamentos sexuais entre indivíduos do mesmo sexo.

A etimologia do vocábulo homossexual, criado por Benkert, médico vienense radicado na Hungria, em 1869, é feita pela junção do termo grego *homo* (igual; semelhante) e do termo de origem latina *sexus*, que significaria sexualidade. Portanto, a junção dos vocábulos cria o termo sexualidade semelhante ou sexualidade exercida entre pessoas do mesmo sexo⁵.

Segundo Taísa Ribeiro Fernandes⁶, homossexual é o indivíduo cuja inclinação sexual é voltada para uma pessoa do mesmo gênero, o homem que se sente atraído por outro homem e a mulher que se sente atraída por outra mulher. É alguém que não nega sua formação morfológica, ou seja, o sexo biológico do nascimento, entretanto, seu interesse e sua atividade sexual são voltados, direcionados, exclusivamente para quem tem o mesmo sexo que o seu.

Inicialmente, o vocábulo utilizado para se descrever o comportamento dos indivíduos que se relacionavam com pessoas do mesmo sexo biológico era “homossexualismo”, contudo, como dispõe Débora Vanessa Caus Brandão⁷, “o

⁵ DIAS, M. B. (2000). *União Homossexual – O Preconceito & a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 40.

⁶ FERNANDES, T. R. (2004). *Unões Homossexuais*. São Paulo: Método.

⁷ BRANDÃO, D. V. (2002). *Parcerias Homossexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 20.

homossexualismo que foi durante muito considerado desvio ou transtorno sexual, passou a ser encarado como uma forma própria de ser, diferente da maioria”. “O sufixo ‘ismo’, que significa doença, foi retirado e substituído pelo sufixo ‘dade’, que designa ‘modo’ de ser””, por isso, após as transformações sociais, o termo homossexualidade vem a ser mais apropriado que homossexualismo.

Ainda nesse sentido, a ciência médica e a ciência jurídica tiveram um importante papel na formação do conceito de homossexualidade. Com o decorrer da história, as relações entre pessoas do mesmo sexo, principalmente homens, foi sendo apropriada por diversos campos do saber, transformando o sodomita ou o doente em simplesmente o homossexual⁸.

Como disposto pelo autor Michel Foucault, as transformações ocorridas durante os séculos XVIII e XIX construíram um novo discurso sobre o sexo e também sobre os indivíduos, dissecando e especificando práticas, desvios, doenças e seus sujeitos, e em suas palavras:

Esta nova caça às sexualidades periféricas provoca a incorporação das perversões e nova especificação dos indivíduos. A sodomia – a dos antigos direitos civil ou canônico – era um tipo de ato interdito e o autor não passava de seu sujeito jurídico. O homossexual do século XIX torna-se uma personagem: “um passado, uma história, uma infância, um caráter, uma forma de vida, também é morfologia, com uma anatomia indiscreta e, talvez, uma fisiologia misteriosa. (...) É-lhe consubstancial, não tanto como pecado habitual, porém como natureza singular⁹.

Na perspectiva de saúde, o homossexualismo (*sic*) figurava no capítulo sobre Desvios e Transtornos Sexuais da Classificação Internacional de Doenças (CID), feita e mantida pela Organização Mundial da Saúde. Em 1985, a Organização Mundial da Saúde publicou uma circular na qual esclarecia que o homossexualismo estava deixando de ser considerado doença e, portanto, deveria figurar em outro local da CID. Passou, então, a constar no capítulo referente aos desajustamentos sociais decorrentes de discriminação política, religiosa ou sexual. Assim, em 1992, houve a exclusão do homossexualismo do CID e, então, deixou de se diagnosticar tanto como doença quanto como transtorno ou desajustamento social¹⁰.

⁸ MOREIRA, Ana Cristina. A HOMOSSEXUALIDADE DO ALUNO NO ESPAÇO ESCOLAR À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. UNIFIEO - CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO São Paulo, v. 1, n. 1, p. 11. Disponível em: http://www.unifieo.br/pdfs/Ana_Cristina_2009.pdf. Acesso em: 5 nov. 2019.

⁹ FOUCAULT, M. (1984). *História da Sexualidade: A vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal. P. 43.

¹⁰ COSTA, R. P. (2004). *Homossexualidade: Saúde X Doença*. São Paulo: Jurídica Brasileira. p. 66.

Importante ainda esclarecer que, socialmente, a figura do homossexual, enquanto pessoa que adota comportamento afetivo destoante do padrão heterossexual, só surgiu após o século XIX. Antes, era reconhecida a prática homossexual, que inclusive nunca fora considerada como ideal, mas não o indivíduo homossexual. Essa formação de identidade foi fundamental para que se houvesse as manifestações sociais afim de reconhecimento de direitos. Como dispõe Ítalo Marconi,

O “homossexual” é uma figura humana inventada, surgida no século XIX, dentro de um processo histórico de classificação das pessoas em função de uma “normalidade” heterossexual e reprodutora que juntava os interesses milenares das cúpulas intelectuais judaicocristãs aos interesses modernos do “mundo melhor” prometido pelo capitalismo europeu em crescimento geométrico e expansão globalizante¹¹.

No ordenamento jurídico não há menção aos diferentes tipos de sexualidade enquanto conceitos, dessa forma o termo é e foi conduzido pelas transformações sociais que ocorreram durante a história.

Resta claro, portanto, o conceito e os aspectos sociais e jurídicos do termo homossexualidade e a quem ele se refere. Assim, necessário agora que se entenda o conceito de homofobia.

2.2 A HOMOFOBIA ENQUANTO FENÔMENO SOCIAL E JURÍDICO

A presente subseção trata do conceito de Homofobia enquanto fenômeno social e jurídico. É indispensável compreender o conceito heterogêneo de homofobia, pois o ordenamento jurídico brasileiro também não traz, em seus diversos dispositivos, o conceito concreto relativo à homofobia. Portanto, por não haver uma tipificação específica do conceito, nos resta compreender através da análise geral e abstrata dos conceitos jurídicos e também sociais da homofobia.

Considerando que a homossexualidade é um comportamento que vai em contramão ao comportamento predominantemente heterossexual da espécie humana enquanto animal cultural, surge, então, conflitos de natureza discriminatória dos indivíduos.

Historicamente, os diversos povos da antiguidade abordavam a prática homossexual de formas diferentes, desde a considerá-la como um atributo divino, ou

¹¹ MARCONI, Í. (2002). *Homossexualidade, cultura e política. Literatura moderna e homossexualismo: pressupostos básicos, ou melhor, mínimos*. Porto Alegre: Sulina.

um dever social, mera tolerância, até chegar ao repúdio e à criminalização, como veremos no decorrer desta subseção.

Na Grécia antiga, em especial, as práticas homossexuais eram aceitas e, ainda, incentivadas pela cultura. Como informa Maria Berenice Dias,

A prática homossexual acompanha a história da humanidade e sempre foi aceita, havendo somente restrições à sua externalidade, ao comportamento homossexual. Na Grécia antiga, fazia parte das obrigações do preceptado “servir de mulher” ao seu preceptor, e isso sob a justificativa de treiná-lo para as guerras, em que inexistia a presença de mulheres. Nas Olimpíadas gregas, os atletas competiam nus, exibindo sua beleza física. Era vedada a presença das mulheres na arena, pois não tinham capacidade para apreciar o belo. Também nas manifestações teatrais os papéis femininos eram desempenhados por homens travestidos ou com o uso de máscaras. Manifestações evidentemente homossexuais.¹²

Era marcante a presença de práticas homossexuais na cultura da Grécia antiga. Segundo Kenneth James Dover, são característica da cultura grega “a atitude complacente para com a expressão aberta, em palavras e em comportamento, do desejo homossexual e o seu gosto pelo tratamento desinibido de temas homossexuais na literatura e nas artes visuais”¹³.

Já na Roma antiga, as práticas homossexuais eram toleradas, contudo não estimuladas. Sua filosofia, à época baseada no estoicismo, aconselhava a austeridade e a rigidez de princípios por meio de desprezo dos males físicos e morais. Portanto, as práticas homossexuais eram vistas como uma debilidade de caráter, pois a ideia de passividade sexual era associada à impotência política¹⁴.

Ainda na antiguidade, pode-se haver mais uma referência às práticas homossexuais que é disposta no pentateuco. O livro sagrado do povo judeu da antiguidade abomina as práticas homossexuais, que, apesar de ter um teor religioso, ainda dispõe de aspectos sociais do contexto da sociedade da época. O capítulo 20, versículo 13, do Livro de Levítico prescreve que: “Quando também um homem se deitar com outro homem, como com mulher, ambos fizeram abominação; certamente morrerão; o seu sangue será sobre eles”¹⁵.

¹² DIAS, M. B. (2000). *União Homossexual – O Preconceito & a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado

¹³ DOVER, K. J. (1994). *A homossexualidade na Grécia antiga*. São Paulo: Nova Alexandria. p. 34.

¹⁴ DIAS, M. B. (2000). *União Homossexual – O Preconceito & a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 25.

¹⁵ BÍBLIA. (2015). *Levítico 20-13*. p. 217. Fonte: Intellectual Reserve, Inc. Disponível em <<http://media.ldscdn.org/pdf/lds-scriptures/holy-bible/holy-bible-83800-por.pdf>>. Acesso em 02/10/2019.

De certo, os costumes religiosos da região influenciaram diretamente nas leis regionais do povo hebreu. Por mais que a lei hebraica não trouxesse rupturas severas, ela sancionou uma parte dos costumes e das leis que devem ter vigorado nas épocas anteriores. Embora muitas das regras contidas na Torah também estivessem presentes no Código de Hamurabi, do 18º século antes de Cristo (1726 AC), por exemplo, somente o direito hebreu parece haver criminalizado diretamente a expressão homossexual, cuja punição era a morte por apedrejamento.¹⁶

Dessa forma, forçoso reconhecer que a aproximação do Estado ocidental com a cultura judaico-cristã, principalmente com o Direito Romano, fez com que as práticas homossexuais fossem reprimidas e punidas, marginalizando os indivíduos que delas não abrissem mão.

Tomando como partida o histórico da prática homossexual na antiguidade, a palavra sodomia surge para designar um ato sexual “não natural” como pecado, atribuído pela doutrina judaico-cristã. Portanto, a religião construiu um saber sobre o sexo, atribuindo-lhe um único fim: a procriação do ser humano, não devendo os indivíduos atentarem contra a ordem natural das condutas sexuais.

Quando se trata da análise da prática homossexual como um *grande pecado da natureza*, segundo Foucault, seu enquadramento enquanto sodomia cria certas complicações àqueles que porventura seguissem o comportamento, mas, contudo, em suas palavras,

A extrema descrição dos textos sobre a sodomia — essa categoria tão confusa; a reticência quase geral no falar dela admitiu, por muito tempo, um duplo funcionamento: por um lado, a extrema severidade (pena de fogueira ainda aplicada no século XVIII, sem que se formulasse nenhum protesto importante, até a metade do século) e, por outro lado, a tolerância seguramente bem ampla (que se deduz, indiretamente, a partir das raras condenações judiciais e que se pode perceber mais diretamente através de certos testemunhos sobre as sociedades masculinas que podiam existir no exército e nas cortes)¹⁷.

A prática sexual sem o intuito de procriação tornou-se uma ameaça à natureza humana, e logo a sodomia não era só um pecado que afrontava a tradição

¹⁶ BOMFIM, S. A. (2011). Homossexualidade, Direito e Religião: da pena de morte à união estável. A criminalização da homofobia e seus reflexos na liberdade religiosa. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, pp. 71-103.

¹⁷ FOUCAULT, M. (1984). *História da Sexualidade: A vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal. P. 95

cristã, mas também um crime contra o Estado. Dessa forma, durante o século XIX, a sodomia era criminalizada por muitos países europeus.

Nesse sentido, João Silvério Trevisan explica:

Segundo o historiador Jacques Solé, já na Antiguidade e durante a Idade Média o vocabulário teológico-moral cristão englobava, sob o conceito de sodomia, tanto o sexo oral e anal (fora ou dentro do casamento), quanto a relação sexual exclusivamente entre indivíduos do mesmo sexo. Como o objetivo único e legítimo da sexualidade cristã era a reprodução, associava-se o casamento com a ordem, sendo a luxúria seu antípoda desordenado. [...] Como a Contra-Reforma (*sic*) foi adotada oficialmente por quase todos os Estados católicos, os desvios morais que ameaçavam solapar o casamento tomaram-se objeto do mais rigoroso controle por parte da justiça, tanto civil quanto eclesiástica e inquisitorial. Assim, muitos manuais de instrução para confessores condenavam até mesmo as posições não ortodoxas do coito heterossexual: o homem sentado e em pé ou a mulher sobre ele podiam colocar em perigo a destinação reprodutiva do esperma. Entre os vários pecados de luxúria visados pela Contra-Reforma (*sic*), distinguiam-se aqueles "contra a natureza" — sempre que a semente masculina fosse despejada *extra vas*, quer dizer, fora do "vaso natural da mulher". Por implicar o máximo de desordem possível na procriação, a sodomia era considerada como um pecado gravíssimo, que não prescrevia jamais, continuando digno de punição por muito tempo. Como se tratava de um desvio ditado diretamente pelo demônio, a Igreja e a Inquisição associavam a prática da sodomia com a bruxaria e as heresias dos cátaros e templários.¹⁸

Nesse cenário, João Silvério Trevisan ainda explica que “na Europa dos séculos XVI, XVII e XVIII, não apenas a Espanha, Portugal, França e Itália católicas, mas também a Inglaterra, Suíça e Holanda protestantes puniam severamente a sodomia”¹⁹. É visível, então, que o Estado promovia segregação e punição àqueles que destoavam do comportamento majoritário e decidiam por seguir as práticas homossexuais.

Trazendo à realidade brasileira, como consequência da colonização portuguesa e seu legado cultural, conforme explica Veronica de Jesus Gomes²⁰ “as ‘Ordenações’ do Reino português foram rigorosas no julgamento do pecado/crime ao preverem penas bastante severas aos sodomitas, incluindo a morte, como já assinalavam, no século XV, as ‘Ordenações Afonsinas’.”

Ao verificar as ‘Ordenações Manuelinas’ (1514/1521), posteriores às Afonsinas, percebe-se que o Reino Português manteve a fogueira para os

¹⁸ TREVISAN, J. S. (2000). *Devassos no paraíso*. São Paulo: Record. P. 110.

¹⁹ TREVISAN, J. S. (2000). *Devassos no paraíso*. São Paulo: Record. P. 127.

²⁰ GOMES, V. J. (2010). *Vício dos Clérigos: A Sodomia nas Malhas do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa*. P. 59.

transgressores bem como equiparou o crime de sodomia ao de lesa-majestade, ou seja, quem cometesse um ato sodomítico sofreria as mesmas sanções de quem traísse a pessoa do rei ou o seu real Estado²¹, declarando, então que “todos seus bens sejam confiscados pera a Coroa dos Nossos Reynos [...], assi propriamente como os daquelles, que cometem o crime da lesa Magestade contra seu Rey e Senhor”²².

Já nas Ordenações Filipinas (1603), determinaram a pena de morte aos sodomitas de qualquer qualidade, inclusive mulheres, mantendo o confisco de bens e a infâmia de seus descendentes, assim como o estabelecido para os que cometessem o crime de lesa-majestade²³.

Resta claro, portanto, que no histórico penal do Brasil, principalmente enquanto colônia portuguesa, a punição às práticas homossexuais era legitimada pelo Estado. Forçoso reconhecer que o ambiente de discriminação era favorável, pois havia culturalmente e juridicamente a aversão a esse tipo de comportamento.

Discorrido sobre o histórico, relevante destacar ainda que, etimologicamente, a palavra homofobia é formada pelo prefixo *homo*, do grego, que significa “semelhante”, e fobia, do grego *phobos*, que significa “medo” ou “aversão”, logo se entende que homofobia é a aversão a quem se relaciona afetiva e sexualmente com o semelhante.

Em uma visão ampla, a homofobia significa o repúdio ou preconceito contra os homossexuais, abrangendo também lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais. É a aversão a qualquer ligação afetiva de pessoas do mesmo sexo, como gays, e identidade diversa de gênero, como transexuais²⁴.

Num âmbito moderno, a palavra homofobia passou a significar mais que uma simples repulsa à homossexualidade, mas qualquer ato de discriminação contra esse grupo que se destaca pela sua orientação sexual e identidade de gênero singulares.

²¹ STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO N.º 26/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>>. Acesso em: 12 de setembro de 2019

²² Ordenações Manuelinas – Digitalizada por Arménio Alves Fernandes Coimbra. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>>. Livro V. Capítulo XII. P.47.

²³ Ordenações Filipinas – Digitalizada por Ângela dos Anjos Aguiar Salgueiro. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm?inp=sodomia&qop=%252B&outp=/>>. Livro V. Capítulo XIII. P. 1162.

²⁴ POCAHY, F. & NARCI, H. C. Saindo do armário e entrando em cena: juventudes, sexualidades e vulnerabilidade social. Revista Estudos Feministas. P. 45.

Em entrevista cedida à TV Brasil em janeiro de 2015, a Coordenadora Geral de Promoção de Direitos LGBT da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, Samanda Alves de Freitas²⁵, afirma que “homofobia é qualquer violência ou discriminação sofrida em razão da orientação sexual ou identidade de gênero da pessoa”.

Portanto, forçoso reconhecer que a homofobia se trata de qualquer violência, física ou verbal/moral, cometida em razão da homossexualidade, ou seja, àqueles que demonstram interesse afetivo e/ou sexual em pessoas do mesmo gênero/sexo biológico.

Entendido o conceito, e aspectos jurídicos e sociais da homofobia, nossa primeira premissa essencial ao resultado da presente pesquisa, passa-se a análise da outra premissa indispensável, o controle de constitucionalidade por omissão.

²⁵ Entrevista disponível em <<http://tvbrasil.ebc.com.br/reporterbrasil/bloco/projeto-de-lei-que-criminaliza-a-homofobia-deve-ser-arquivado-no-congresso>> Acesso em: 19 out. 2019.

3 O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A presente seção aborda as questões do controle de constitucionalidade por omissão, de forma geral e abstrata, mas atentando-se ao conceito essencial de homofobia já visto anteriormente.

Essa seção foi elaborada através do método de pesquisa bibliográfica, ou seja, se utilizou do material bibliográfico já publicado. Utilizou de Obras como *Direito constitucional*, do Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional Brasileiro*, de Nelson Nery Junior e George Abboud, *Teoria pura do direito*, de Hans Kelsen, e outras diversas obras que tratam do tema, afim de fazer uma síntese dos conceitos, bem como da interpretação dos dados coletados para melhor compreensão deles na pesquisa.

A seção será dividida em duas partes: a primeira abordará o controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro; a segunda abordará o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão e dos requisitos necessários à sua configuração.

Portanto, passa-se à primeira análise.

3.1 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A presente subseção se trata da compressão do conceito constitucional do controle de constitucionalidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro. É indispensável sua elaboração pois, ao seguir deontologicamente o estudo do Direito, primeiro se faz necessário, com o objetivo de responder ao problema, entender o fenômeno do controle de constitucionalidade pois, mais a frente, será abordada a questão da inconstitucionalidade por omissão.

Então, para se chegar ao resultado da pesquisa, imperioso destacar a necessidade de compreender e analisar os dispositivos constitucionais, bem como a jurisprudência, que trata do controle de constitucionalidade.

Por se tratar de um Estado Democrático de Direito, o Brasil é regido pelo princípio chamado de Princípio da Supremacia da Constituição. Com ele se impõe que a Constituição da República Federativa do Brasil é a lei maior do Estado brasileiro. Isso implica, então, que todo o ordenamento jurídico brasileiro se baseia e se submete às normas constitucionais uma vez que promulgadas.

Nesse sentido, afirma o constitucionalista Alexandre de Moraes: “a ideia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais”.²⁶

Considerando que o direito não consegue acompanhar a evolução social, no mesmo ritmo, se torna necessária a criação de mecanismos jurídicos que auxiliem na efetivação dos direitos garantidos pela letra fria da lei, haja vista que o processo legislativo é intensamente burocrático e lento.

Assim, as demandas sociais que abarcam direitos que, de longe, parecem não estar explícitos na letra de lei é que se justifica a intervenção do Poder Judiciário para realizar suas funções de hermenêutica.

Logo, sendo necessária a proteção dos direitos fundamentais com a rigidez da alteração das normas constitucionais, se justifica a criação de um modelo de controle da adequação das normas infraconstitucionais aos dispositivos constitucionais. Ou seja, o controle de constitucionalidade trata-se, segundo Alexandre de Moraes²⁷, de

verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais. Dessa forma, no sistema constitucional brasileiro somente as normas constitucionais positivadas podem ser utilizadas como paradigma para a análise da constitucionalidade de leis ou atos normativos estatais (bloco de constitucionalidade).

Nesse mesmo sentido, Kildare Carvalho²⁸ explica que controlar a constitucionalidade é analisar a compatibilidade de uma lei ou de qualquer ato

²⁶ Moraes, Alexandre de. Direito constitucional – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017. P. 518

²⁷ Moraes, Alexandre de. Direito constitucional – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017. P. 519

²⁸ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional didático. 7. Ed. Belo Horizonte: Del rey, 2001. P. 158

normativo com o texto constitucional, tanto nos aspectos formais, quanto nos aspectos materiais.

Partindo dessa premissa, o controle de constitucionalidade, ao verificar a compatibilidade de uma lei ou ato normativo com a constituição, verifica os requisitos formais e os requisitos materiais para sua existência.

Os requisitos formais são os referentes ao procedimento de formação da lei, ou seja, respeitar as fases e processos legislativos que todo ato normativo tem de seguir para se valer, havendo a inconstitucionalidade quando há defeito na sua formação. Já os requisitos materiais tratam-se da adequação do conteúdo da lei ou do ato normativo com o conteúdo da constituição, ou seja, quando a matéria da lei entra em contradição com o texto constitucional, ou seja, um excesso do poder legislativo²⁹.

Dito isso, cabe ressaltar que o controle de constitucionalidade se divide em espécies em relação ao momento de realização. Podendo ser preventivo, quando realizado antes da promulgação da lei, pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo; e também podendo ser repressivo, quando realizado após a promulgação da lei, sendo, em regra, realizado pelo Poder Judiciário. Nas palavras de Moraes³⁰,

a presente classificação pauta-se pelo ingresso da lei ou ato normativo no ordenamento jurídico. Assim, enquanto o controle preventivo pretende impedir que alguma norma maculada pela eiva da inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico, o controle repressivo busca dele expurgar a norma editada em desrespeito à Constituição. Tradicionalmente e em regra, no direito constitucional pátrio, o Judiciário realiza o controle repressivo de constitucionalidade, ou seja, retira do ordenamento jurídico uma lei ou ato normativo contrários à Constituição. Por sua vez, os poderes Executivo e Legislativo realizam o chamado controle preventivo, evitando que uma espécie normativa inconstitucional passe a ter vigência e eficácia no ordenamento jurídico.

O controle de constitucionalidade repressivo, que atinge as normas depois de sua publicação, é o adotado predominantemente no nosso ordenamento jurídico, pois nele atua o Poder Judiciário. Nas palavras de Alexandre de Moraes “no direito constitucional brasileiro, em regra, foi adotado o controle de constitucionalidade repressivo jurídico ou judiciário, em que é o próprio Poder Judiciário quem realiza o

²⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional didático. 7. Ed. Belo Horizonte: Del rey, 2001. P. 195-196

³⁰ Moraes, Alexandre de. Direito constitucional – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017. P. 520

controle da lei ou do ato normativo, já editados, perante a Constituição Federal, para retirá-los do ordenamento jurídico, desde que contrários à Carta Magna”³¹.

Dessa forma, apesar de, em regra, o controle repressivo ser realizado pelo poder judiciário, há duas exceções de sua realização pelo poder legislativo: Uma descrita no Art. 49, inciso V, e outra prevista no Art. 62, ambas na CRFB de 1988.

Seguindo, o controle repressivo realizado pelo poder judiciário se divide em dois: controle difuso e controle concentrado. O controle difuso, como o próprio nome aduz, é o controle realizado de forma aberta, indireta, por qualquer magistrado, dentro da sua competência jurisdicional, que produz efeito apenas para as partes no processo (efeito *inter partes*). O controle difuso pode ter feito *erga omnes* se, por competência exclusiva, o Senado Federal o assim dispor por meio de resolução. Qualquer pessoa pode ter legitimidade ativa para propô-la, desde que seja parte da relação jurídica processual que ensejou a ação.³²

Já o controle concentrado é aquele realizado de forma reservada, abstrata, pelo Supremo Tribunal Federal, que produz efeitos *erga omnes*, ou seja, contra todos e possui efeito vinculante ao Poder Judiciário e à Administração Pública Direta e Indireta, em todas as esferas (Federal, Estadual, Distrital ou Municipal). O controle concentrado, portanto, por ser mais específico e de competência do Supremo Tribunal Federal, é realizado a partir de ações específicas. São elas as previstas no Art. 102 da Constituição Federal de 1988: Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.³³

Ainda, para propor o controle concentrado, existe um rol taxativo de legitimidade ativa, prevista no Art. 103 da Constituição Federal de 1988³⁴, dessa

³¹ Moraes, Alexandre de. Direito constitucional – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017. P. 523.

³² MASCARENHAS, Paulo. Manual de direito constitucional. 2010. P. 165

³³ MASCARENHAS, Paulo. Manual de direito constitucional. 2010. P. 168

³⁴ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
I - o Presidente da República;
II - a Mesa do Senado Federal;
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
VI - o Procurador-Geral da República;
VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

forma, somente agentes descritos em lei poderão propor a revisão constitucional de alguma norma.

Ou seja, o controle de constitucionalidade repressivo e concentrado é realizado por um único órgão no ordenamento jurídico brasileiro, a ser o Supremo Tribunal Federal. Essa característica de concentração de um único órgão para realizar o controle de constitucionalidade repressivo é defendido por Hans Kelsen, em sua obra “Teoria Pura do Direito”, expondo que³⁵

se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico. Um recurso de instância análogo ao processo judicial está excluído quando só exista um órgão legislativo central. Então, só ao próprio órgão legislativo ou a um órgão diferente dele - v. g., ao tribunal que tem de aplicar a lei, ou tão-somente a um tribunal especial - pode ser conferida competência para decidir a questão da constitucionalidade de uma lei. Se a Constituição nada preceitua sobre a questão de saber quem há de fiscalizar a constitucionalidade das leis, os órgãos a quem a Constituição confere poder para aplicar as leis, especialmente os tribunais, portanto, são por isso mesmo tornados competentes para efetuar esse controle. Visto que os tribunais são competentes para aplicar as leis, eles têm de verificar se algo cujo sentido subjetivo é o de ser uma lei também objetivamente tem este sentido. E só terá esse sentido objetivo quando seja conforme à Constituição.

Até aqui, se foi discutido apenas o controle de constitucionalidade por ação, que, segundo ensinam Nelson Nery Junior e Georges Abboud, “é a inconstitucionalidade positiva e consistente na prática de ato jurídico-público que, por qualquer de seus elementos, infringe a Constituição”³⁶. Necessária, portanto, a análise da chamada inconstitucionalidade por omissão.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html> Acesso em: <10/09/2019>.

³⁵ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. P. 189.

³⁶ NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 653

3.2 O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À SUA CONFIGURAÇÃO

Essa seção trata-se, pois, do conceito central de toda a pesquisa, da inconstitucionalidade por omissão dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Não se pode obter resultado ao problema da pesquisa sem haver a discussão, compreensão e análise de como esse fenômeno é estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro.

Por se tratar de um problema de pesquisa que envolve a análise de um possível mandamento constitucional não atendido, assim como em decorrência de uma ADO, a presente seção traz a principal análise de conteúdo bibliográfico para se construir a pesquisa dentro da abordagem qualitativa, bem como do método dedutivo e de pesquisa bibliográfica.

Além do controle de constitucionalidade por ação, há também a possibilidade de se reconhecer a chamada inconstitucionalidade por omissão, que, segundo o constitucionalista Gilmar Mendes, se trata da observância de um dever constitucional de legislar, “a omissão legislativa inconstitucional pressupõe a observância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação”³⁷.

A CRFB, segundo Kildare Carvalho³⁸, pode ser descumprida não somente por ação, quando ocorre uma violação direta, seja formal ou materialmente, mas também por uma omissão, ou atitude negativa, por parte daqueles a quem a norma constitucional impõe o dever de atuar e agir para trazer eficácia aos preceitos não autoexecutáveis do texto constitucional.

Sendo assim, e delimitando-se ao caso da discussão, a inconstitucionalidade por omissão encontra-se prevista no art. 103, §2º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que diz: “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.³⁹

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 1070.

³⁸ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 7. Ed. Belo Horizonte: Del rey, 2001. P. 196

³⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html> Acesso em:<10/09/2019>

O instituto da inconstitucionalidade por omissão surgiu da promulgação da CRFB, quando o constituinte originário alocou nas atribuições do Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Quanto à origem da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão no ordenamento jurídico brasileiro, Gilmar Mendes, no seu artigo “Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional”, afirma que⁴⁰

ao lado da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) criou-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), que, tal como a ADI, não tem outro escopo senão o da defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis. Não se destina, pela própria índole, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas, mas visa, precipuamente, à defesa da ordem jurídica.

Dito isso, na constituição brasileira, há algumas espécies de normas constitucionais: as de eficácia plena, que são aquelas que produzem efeitos no mundo jurídico por si só e independentemente da produção de nova lei, nesse sentido Mendes afirma que “são as idôneas para produzir todos os efeitos previstos, isto é, podem disciplinar de pronto as relações jurídicas, uma vez que contêm todos os elementos necessários. Correspondem aos casos de norma auto executável”⁴¹; as de eficácia contida, que são aquelas que também produzem seus efeitos independentemente de lei infraconstitucional, mas que podem ser reduzidas pela regulação de nova lei.

Por fim, há a norma de eficácia limitada, que é aquela dependente de lei infraconstitucional para produzir efeitos no mundo jurídico, sendo apenas um mandamento constitucional de legislar ou de regular o direito lá exposto. Conforme Gilmar Mendes,

Estas somente produzem os seus efeitos essenciais após um desenvolvimento normativo posterior, a cargo dos poderes constituídos. A sua vocação de ordenação depende, para ser satisfeita nos seus efeitos básicos, da interpolação do legislador infraconstitucional. São normas, pois, incompletas, apresentando baixa densidade normativa. Nessa categoria de normas se listam as

⁴⁰ MENDES, Gilmar. Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional. Disponível

em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Omisao_Legislativa_v__Port.pdf> Acesso em: 10 de setembro de 2019.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. P. 105

de princípio institutivo, referentes às que contêm um apanhado geral, um início de estruturação de institutos e instituições, entidades e órgãos.⁴²

Sendo assim, o objeto da ADO, nesse sentido, seriam as normas constitucionais de eficácia limitada, que, diferente das normas constitucionais de eficácia plena, só adquirem eficácia e só produzem efeitos dentro do ordenamento jurídico se há a regulamentação através de uma lei infraconstitucional. O *status* de omissão depende da inércia do poder legislativo em dar eficácia ao mandamento constitucional. Alexandre de Moraes dispõe que

as hipóteses de ajuizamento da presente ação não decorrem de qualquer espécie de omissão do Poder Público, mas em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo, em que a constituição investe o Legislador na obrigação de expedir comandos normativos. Além disso, as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade, são suscetíveis de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.⁴³

Própria do processo objetivo do controle de constitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, surgida em 1988, tem como objetivo combater a inefetividade das normas constitucionais; salvaguardar a força normativa da Constituição; e evitar os desmandos e as arbitrariedades cometidas por parte das autoridades legislativas em desrespeito aos direitos fundamentais. Ou seja, a ADO existe para diminuir os efeitos da omissão legislativa inconstitucional, evidentemente provocando a atuação do Poder Legislativo na criação de normas exigidas, explícita ou implicitamente, pela Constituição da República.

Na esfera infraconstitucional, o processo e o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão são normatizados pela Lei n.º 9.868/1999, que a regula em seu Capítulo II-A, abarcando, nas seções I, II e III aspectos referentes: à admissibilidade e ao procedimento da ADO (Seção I); à possibilidade de concessão de medida cautelar em sede de ADO (Seção II); e à decisão a ser proferida na ADO (Seção III).

⁴² Mendes, Gilmar Ferreira Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. P. 106

⁴³ MORAES. Alexandre de, Direito constitucional. 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017. P. 553.

Considerando o já exposto, o ponto que atinja à presente pesquisa é o tocante aos critérios de análise utilizados pelo julgador para a apreciação da ocorrência de inconstitucionalidade por omissão. É que não poderá o Poder Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal, adentrar à competência típica do Poder Legislativo, passando a legislar de forma deliberada toda vez que enxergar a ausência de concretização de um comando constitucional.

O STF, utilizando-se de dados concretos, deve demonstrar a existência de inconstitucionalidade por omissão por meio da constatação objetiva de requisitos essenciais à sua configuração. Assim o fazendo, estará o julgador honrando ao princípio da separação dos poderes (CRFB, art. 2º, *caput*) e atuando dentro de sua esfera de competência.

Sobre o conceito da omissão inconstitucional, deve se atentar que as omissões legislativas inconstitucionais derivam do não cumprimento de imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito, ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adoção de medidas legislativas concretizadoras da constituição⁴⁴.

Cumprido discutir, portanto, os requisitos de configuração da omissão legislativa/constitucional, que, segundo o relator da ADO nº 26/DF⁴⁵,

para que possa atuar a norma pertinente ao instituto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, revela-se essencial que se estabeleça a **necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e a constatação de inércia congressual, de outro**, de tal forma que, inadimplida a obrigação jurídico-constitucional de produção de provimentos legislativos, tornar-se-á possível imputar comportamento moroso ao Estado (ao Poder Legislativo da União, no caso), e reconhecer admissível, para efeito de eventual colmatação da omissão denunciada, o acesso legítimo à presente ação de controle normativo abstrato. (grifos acrescentados).

Nesse sentido, ainda, é possível entender a inconstitucionalidade por omissão como a ausência de lei ou ato normativo exigido na CRFB/88 como conduta positiva do poder público. Então, “a inconstitucionalidade por omissão pressupõe a incompatibilidade entre a conduta positiva exigida pela constituição e a conduta negativa do Poder Público omissor.”⁴⁶

⁴⁴ CANOTILHO, J. J. G. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 1089.

⁴⁵ STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO N.º 26/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>>. Acesso em: 12 de setembro de 2019

⁴⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional didático. 7. Ed. Belo Horizonte: Del rey, 2001. P. 195.

É de se concluir, portanto, que a inconstitucionalidade por omissão se estabelece a partir da ocorrência de dois requisitos objetivos: a imposição constitucional de legislar e a inércia congressual. Aparentemente seria de fácil constatação a incidência dos requisitos no mundo jurídico, mas algumas são as peculiaridades da inconstitucionalidade por omissão.

Um dos pontos controversos na questão é o referente ao momento de ocorrência de inconstitucionalidade por omissão, mesmo que já se tenha iniciado o processo legislativo de elaboração da norma responsável por concretizar o mandamento constitucional pelo Poder Legislativo.

Anteriormente, a análise do tema feita pelo STF entendia que, caso já se houvesse iniciado o processo legislativo, não ocorreria omissão legislativa por parte do legislador. Esse entendimento foi predominante na turma de decanos, como fixado pela Suprema Corte na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.495/DF⁴⁷.

Contudo, após o ano de 2007, houve novamente a discussão sobre a demanda da inconstitucionalidade por omissão após a propositura de lei afim de trazer eficácia ao mandamento constitucional. O relator da ADI n.º 3682/MT, Gilmar Mendes, em seu voto⁴⁸, dispõe que a

questão que ainda está a merecer melhor exame diz respeito à *inertia deliberandi* (discussão e votação) no âmbito das Casas Legislativas. Enquanto a sanção e o veto estão disciplinados, de forma relativamente precisa, no texto constitucional, inclusive no que concerne a prazos (art. 66), a deliberação não mereceu do constituinte, no tocante a esse aspecto, uma disciplina mais minuciosa. Ressalvada a hipótese de utilização do procedimento abreviado previsto no art. 64, §§ 10 e 20, da Constituição, não se estabeleceram prazos para a apreciação dos projetos de lei. Observe-se que, mesmo nos casos desse procedimento abreviado, não há garantia quanto à aprovação dentro de determinado prazo, uma vez que o modelo de processo legislativo estabelecido pela Constituição não contempla a aprovação por decurso de prazo.

Quid jurís, então, se os órgãos legislativos não deliberarem dentro de um prazo razoável sobre projeto de lei em tramitação? Ter-se-ia aqui

⁴⁷ Ementa da ADI n.º 2.495: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (REDAÇÃO DA EC N.º 19, DE 4 DE JUNHO DE 1998). ESTADO DE SANTA CATARINA. **Mora inconstitucional que não se verifica, tendo o Chefe do Executivo estadual, em cumprimento ao dispositivo constitucional sob enfoque, enviado à Assembleia Legislativa projeto de lei sobre a revisão geral anual dos servidores catarinenses.** Ação direta prejudicada”. (grifos acrescentados) (STF – ADI: 2495 SC, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 02/05/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 02-08-2002 PP-00057 EMENT VOL-02076-03 PP-00505).

⁴⁸ MENDES, Gilmar. Relator do Voto da ADI N.º 3682/MT. STF. DATA DE JULGAMENTO: 09/06/2017. p. 304. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>>. Acesso em: 01/09/2019.

uma omissão passível de vir a ser considerada morosa no processo de controle abstrato da omissão?
O Supremo Tribunal Federal tem considerado que, desencadeado o processo legislativo, não há que se cogitar de omissão inconstitucional do legislador.

Ao longo do raciocínio do Decano, percebe-se que a mora legislativa é um problema constitucional muito discutido, pois causa efeito negativo na esfera jurídica, prejudicando a eficácia de mandamentos constitucionais que dependem do processo legislativo infraconstitucional regulador afim de dar-lhe cumprimento, pois não há, no ordenamento jurídico, disposição acerca do tempo razoável ou limites temporais aos legisladores no processo de criação de leis.

Respondendo aos próprios questionamentos, Gilmar Mendes vem a dispor que “essas peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam, todavia, uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional”⁴⁹.

É seguro afirmar, portanto, que a negligência, ou mora legislativa, por parte dos legisladores no trâmite processual da lei que dará eficácia ao mandamento constitucional, é causa de inconstitucionalidade por omissão. Ora, não pode o legislador se eximir de regular o mandamento constitucional ao simplesmente afirmar que está em trâmite o projeto de lei.

Nesse sentido, continua Gilmar Mendes em seu voto, “não tenho dúvida, portanto, em admitir que também a *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Dessa forma, pode o Supremo Tribunal Federal reconhecer a mora do legislador em deliberar sobre a questão, declarando, assim, a inconstitucionalidade da omissão⁵⁰”.

É, então, a partir desse raciocínio, endossado pela maioria dos decanos no julgamento da ADI nº 3682/MT, que o STF muda o posicionamento da corte afim de reconhecer, nos casos específicos, a inconstitucionalidade por omissão mesmo se já

⁴⁹ MENDES, Gilmar. Relator do Voto da ADI Nº 3682/MT. STF. DATA DE JULGAMENTO: 09/06/2017. p. 305. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>>. Acesso em: 01/09/2019.

⁵⁰ MENDES, Gilmar. Relator do Voto da ADI Nº 3682/MT. STF. DATA DE JULGAMENTO: 09/06/2017. p. 305. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>>. Acesso em: 01/09/2019.

houver iniciado o trâmite da lei que visa regular o mandamento constitucional de eficácia limitada.

Ainda, é forçoso salientar que o STF pode reconhecer a mora do legislador em deliberar sobre questões que são atribuídas, pela constituição, como dever de regulamentar, declarando a inconstitucionalidade por omissão⁵¹.

Nesse sentido, se tem ainda a lição dada pelo J.J. Canotilho, em que se denota que referidas normas constitucionais exigem do legislador o seu cumprimento por meio de regulamentação. Ou seja, não há grau de discricionariedade na regulação, mas sim vinculação ao mandamento constitucional.⁵²

Nas palavras do referido autor,

“as imposições constitucionais vinculam juridicamente o legislador em três dos momentos essenciais da atividade legiferante: (1) o legislador deve realizar os preceitos constitucionais impositivos, isto é, o se do acto legislativo não fica na sua ‘liberdade de conformação’; (2) o legislador deve regular, concretizando, as matérias que na lei fundamental são objeto de imposição legislativa (o quê da legiferação); (3) o legislador deve legislar de acordo com as directivas materiais contidas nas imposições legiferantes e noutros preceitos constitucionais para os quais elas remetem, expressa ou implicitamente (o como da legislação).⁵³”

Conclui-se, então, que o estado de inconstitucionalidade por omissão por mora legislativa poderá ocorrer tanto na fase inicial (*inertia agendi*), quando o Poder legislativo deixa de realizar o processo legislativo do projeto da lei que irá dar eficácia ao mandamento constitucional, quanto na fase posterior, quando a deliberação do processo legislativo já se iniciou (*inertia deliberandi*).

Portanto, havendo a ocorrência dos requisitos discutidos, sendo configurada a inconstitucionalidade por omissão, será legítima a atuação do Poder Judiciário, e no caso em tela do Supremo Tribunal Federal, por se tratar de controle concentrado de constitucionalidade, afim de corrigir o *status* de ineficácia do mandamento constitucional.

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC E AD: comentários à Lei 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 391.

⁵² SANTANA, Izaias José de. O poder judiciário e o controle do conteúdo das políticas públicas de saúde. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito. São Paulo, 2011. P. 115

⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Ed., 2001, P. 316.

4 DO ALEGADO DESCUMPRIMENTO DO DEVER CONSTITUCIONAL DE CRIMINALIZAR A HOMOFOBIA NO BRASIL

A presente seção aborda se há o dever constitucional de criminalizar a homofobia no Brasil.

Considerando que a presente pesquisa prevê buscar a resposta ao problema de se a não criminalização da homofobia é uma inconstitucionalidade por omissão, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, indispensável analisar se há, de fato, o mandamento constitucional de criminalizar a homofobia dentro da CRFB de 1988.

Portanto, a seção traz também a análise jurisprudencial da ação que resultou, na prática, com o julgamento, a declaração da inconstitucionalidade por omissão e determinou a aplicação da lei de racismo às condutas discriminatórias de orientação sexual e identidade de gênero.

Ela foi elaborada através do método de análise jurisprudencial, com auxílio do método de pesquisa bibliográfica, afim de compreender o fenômeno da criminalização da homofobia no Brasil.

Utilizou-se principalmente dos fundamentos trazidos pelas partes da ADO nº 26/DF, mas também de obras como *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, de Dimitri Dimoulis e de Leonardo Martins, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, de Luis Roberto Barroso, e outras diversas obras e jurisprudências que tratam do tema, afim de fazer uma síntese dos conceitos, bem como da interpretação dos dados coletados para melhor compreensão deles na pesquisa, para auxiliar na análise jurisprudencial da retro mencionada ação.

A seção será dividida em três partes: a primeira abordará a análise do Art. 5º, inciso XLII, da CRFB/88; a segunda abordará a propositura da ação, os fundamentos trazidos pela parte autora e as informações trazidas pelo Senado Federal, considerando que houve a alegação de mora e omissão legislativa; Por fim, a terceira abordará se, de fato, houve inconstitucionalidade por omissão na ADO nº 26/DF.

Portanto, passa-se a análise da primeira parte.

4.1 DO ARTIGO 5º, INCISO XLI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Essa seção traz a análise do Art. 5º, inciso XLI da CRFB de 1988.

Foi realizado através do método de pesquisa bibliográfica, bem como de análise jurisprudencial. É relevante para a pesquisa pois o disposto nesse artigo foi o fundamento de propositura da ADO nº26/DF, devendo ser ele analisado cautelosamente afim de verificar se há, de fato, o mandamento constitucional de criminalizar a homofobia.

Portanto, a CRFB/88 dispõe, na literalidade, que:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

Dentro da teoria constitucional, todo o art. 5º, assim também seus incisos, se veem inseridos no Título II da CRFB, que traz os chamados “Direitos Fundamentais”. Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis conceituam os direitos fundamentais da seguinte forma: “são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”⁵⁴.

Dessa forma, é forçoso reconhecer que o inciso XLI, do art. 5º, da CRFB, traz para a esfera constitucional um direito público subjetivo, que, por sua vez, tem aplicação imediata, segundo determina o art. 5º, §1º, também da CRFB/88⁵⁵.

De modo a fundamentar a sustentação jurídica do pedido, o partido político autor da ADO n.º 26/DF alegou que a discriminação dirigida contra os integrantes da comunidade LGBT encontra-se alcançada pela norma constitucional que preconiza a punição de “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (CRFB, art. 5º, XLI).

⁵⁴ DIMOULIS, D; MARTINS, L. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 41

⁵⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html>. Acesso em:<19/01/2020>

Portanto, de acordo com o autor da ação, esse mandamento constitucional submeteria o Congresso Nacional à obrigação de editar o diploma legislativo necessário à incriminação dos atos e comportamentos resultantes de discriminação ou preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero⁵⁶.

Analisando o dispositivo constitucional mencionado acima, temos uma norma constitucional de eficácia limitada, o que quer dizer que somente por meio de sua regulação infraconstitucional, pelo legislador ordinário, é que alcançará o seu maior grau de eficácia/aplicabilidade⁵⁷.

Verifica-se, também, que o art. 5º, inciso XLI, da CRFB, está de acordo com um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previsto no art. 3º, inciso IV, da CRFB, qual seja, o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”⁵⁸.

Ainda, o dispositivo abarca a integração do princípio da dignidade da pessoa humana (CRFB, art. 1º, III)⁵⁹, fundamento da República Federativa do Brasil, que, nas palavras de Luís Roberto Barroso, constitui um valor moral, “ligado à ideia de bom, justo, virtuoso”⁶⁰, e possui três elementos essenciais: o valor intrínseco, “do qual decorre que todas as pessoas são um fim em si mesmas, e não meios para a realização de metas coletivas ou propósitos de terceiros”; autonomia da vontade, associadas à capacidade de autodeterminação do indivíduo, “ao seu direito de fazer escolhas existenciais básicas”; e valor comunitário, funcionando a dignidade, nesse aspecto, “como um limite às escolhas individuais”⁶¹.

Em relação à possibilidade de mandamento constitucional de criminalização, ou de sanção penal, na CRFB, não é uma discussão nova dentro do

⁵⁶ PPS – Petição Inicial da ADO nº 26/DF. P. 02-03. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: <19/01/2020>

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva 2ªed. 2010. p. 251.

⁵⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html>. Acesso em: <19/01/2020>

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, 2010. P. 09.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, 2010. P. 39.

ordenamento jurídico. Além do mandamento de criminalizar o racismo (no Art. 5º, XLII, da CRFB)⁶², inclusive atribuindo características de inafiançável e imprescritível, como um mandamento penal dentro da CRFB, já houve discussões em sede de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na direção de reconhecer a existência de mandados constitucionais de criminalização na Constituição Federal, os quais têm por dever tutelar, por meio da tipificação penal de condutas, direitos fundamentais previstos na própria CRFB.

O Relator do HC n.º 104.410/RS, o Relator Gilmar Mendes⁶³, vem fundamentar a possibilidade de haver o mandamento constitucional de criminalização, afirmando que “a Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas”, ele inclusive cita como exemplos os dispositivos da CRFB, sendo os art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X e art. 227, § 4º.

É visível, portanto, que existem dentro da norma constitucional maior, base do Estado Brasileiro, o mandamento de criminalizar condutas. Elas servem para vincular o legislador ordinário a proteger os valores e bens envolvidos. Ainda, no voto do Gilmar Mendes⁶⁴, tem-se que “em todas essas normas é possível identificar um mandado de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Em verdade, tais disposições traduzem uma outra dimensão dos direitos fundamentais, decorrente de sua feição objetiva na ordem constitucional”.

A ideia do constituinte originário não era só a de que o Estado se obriga a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do poder público, mas a de garantir os direitos fundamentais contra a violação de terceiros⁶⁵.

Nesse sentido, ainda, é observável a intenção do constituinte originário de criar uma pretensão subjetiva contra o Estado afim de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais⁶⁶.

Consubstanciando o exposto, Gilmar Mendes ainda afirma que,

⁶² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html>. Acesso em:<19/01/2020>

⁶³ MENDES, Gilmar. Relator do Voto do HC nº 104.410/RS. STF. DATA DE JULGAMENTO: 06/03/2012. p. 12.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>>. Acesso em: 19/01/2020. P. 12

⁶⁴ MENDES, Gilmar. Relator do Voto do HC nº 104.410/RS. STF. DATA DE JULGAMENTO: 06/03/2012. p. 12.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>>. Acesso em: 19/01/2020. P. 13

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ Idem.

as normas constitucionais brasileiras referidas explicitam o dever de proteção identificado pelo constituinte e traduzido em mandatos de criminalização expressos dirigidos ao legislador. Como bem anota Luciano Feldens, **os mandatos constitucionais de criminalização atuam como limitações à liberdade de configuração do legislador penal e impõem a instituição de um sistema de proteção por meio de normas penais** (grifos acrescentados)⁶⁷.

Não há dúvidas, portanto, do mandamento constitucional de criminalização disposto no Art. 5º, inciso XLI da CRFB. Agora, resta discutir se a orientação sexual, sendo uma forma de autodeterminação do indivíduo na sua esfera individual, é um direito fundamental assegurado pela CRFB.

A sexualidade, conforme dispõe Maria Berenice Dias⁶⁸, “integra a própria condição humana. É um direito humano fundamental que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. Como direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável e imprescritível”.

De forma explícita, na CRFB, há a proibição da discriminação, ou na diferenciação de direitos e obrigações, em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem⁶⁹.

Como bem dispõe o relator da ADI nº 4277/DF, Ayres Britto, é necessário entender, considerando a aplicação da norma jurídica, “que a vedação de preconceito em razão da compostura masculina ou então feminina das pessoas também incide quanto à possibilidade do concreto uso da sexualidade de que eles são necessários portadores”⁷⁰.

Sendo assim, a proibição de discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina também se estende em proibição de discriminar em função da respectiva orientação sexual. Nas palavras do relator⁷¹,

⁶⁷ MENDES, Gilmar. Relator do Voto do HC nº 104.410/RS. STF. DATA DE JULGAMENTO: 06/03/2012. p. 12. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>>. Acesso em: 19/01/2020. P. 14

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. Direito fundamental à homoafetividade. ago/2010. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_665\)24__direito_fundamental_a_homoafetividade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_665)24__direito_fundamental_a_homoafetividade.pdf). Acesso em: 27 jan. 2020.

⁶⁹ BRITTO, Ayres. Relator do Voto da ADI nº 4277/DF. STF. DATA DE JULGAMENTO: 05/05/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?s eqobjetoincidente=11872>>. Acesso em: 12/02/2020. P. 17

⁷⁰ Idem.

⁷¹ BRITTO, Ayres. Relator do Voto da ADI nº 4277/DF. STF. DATA DE JULGAMENTO: 05/05/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?s eqobjetoincidente=11872>>. Acesso em: 12/02/2020. P. 18-19

enfim, assim como não se pode separar as pessoas naturais do sistema de órgãos que lhes timbra a anatomia e funcionalidade sexuais, também não se pode excluir do direito à intimidade e à vida privada dos indivíduos a dimensão sexual do seu telúrico existir. Dimensão que, de tão natural e até mesmo instintiva, só pode vir a lume assim por modo predominantemente natural e instintivo mesmo, respeitada a mencionada liberdade do concreto uso da sexualidade alheia. **Salvo se a nossa Constituição lavrasse no campo da explícita proibição (o que seria tão obscurantista quanto factualmente inútil), ou do levantamento de diques para o fluir da sexuada imaginação das pessoas (o que também seria tão empiricamente ineficaz quanto ingénuo até, pra não dizer ridículo).**

Nesse sentido, se pode perceber que a liberdade de dispor da própria sexualidade deriva e se insere no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, “expressão que é de autonomia da vontade, direta emanação do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo cláusula pétrea, nos termos do IV do §4º do Art. 60 da CF”⁷².

Há, portanto, o mandamento constitucional explícito de criminalização de atitudes que atentem contra os direitos fundamentais, incluindo, aqui, a homofobia.

Como se viu nas seções precedentes, a homofobia é qualquer violência ou discriminação sofrida em razão da orientação sexual ou identidade de gênero da pessoa. Portanto, é de conclusão lógica compreender que, se há o mandamento constitucional de punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais⁷³, e a homofobia é uma forma de violação ao direito da livre orientação sexual, que é um direito fundamental derivado da dignidade da pessoa humana, há o mandamento constitucional de criminalizar a homofobia.

Realizada a análise desse dispositivo constitucional, necessário então analisar se houve a omissão legislativa através da análise jurisprudencial da ADO nº 26/DF e da possível inércia do poder legislativo.

⁷² BRITTO, Ayres. Relator do Voto da ADI nº 4277/DF. STF. DATA DE JULGAMENTO: 05/05/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?s eqobjetoincidente=11872>>. Acesso em: 12/02/2020. P. 17

⁷³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html>. Acesso em: <19/01/2020>

4.2 DA OMISSÃO LEGISLATIVA EM CRIMINALIZAR A HOMOFOBIA

Essa seção traz a análise da possível mora legislativa em criminalizar a homofobia que enseja a inconstitucionalidade por omissão.

Foi realizada através do método de pesquisa bibliográfica, bem como de análise jurisprudencial. É relevante para a pesquisa pois como visto em seções anteriores, a situação de mora legislativa é um dos requisitos para que se configure a inconstitucionalidade por omissão, devendo então ser analisada para que se possa chegar ao resultado do problema dessa pesquisa.

O estado de omissão legislativa é um dos requisitos necessários para se configurar a inconstitucionalidade por omissão, como visto nas seções anteriores. Ele se configura quando o poder legislativo, em relação à uma norma de eficácia limitada, deixa de realizar a lei reguladora do mandamento constitucional.

Como também visto nas seções anteriores, a omissão legislativa capaz de configurar a inconstitucionalidade por omissão não depende somente do pontapé inicial da propositura da lei, sendo também configurada quando há a mora do poder legislativo em concluir e votar o projeto de lei.

No caso em tela, em relação à criminalização da homofobia, o Senado Federal, enquanto prestador de informações à ADO nº 26/DF, afirma que “os temas da homofobia e da discriminação são de constatare discussão no Congresso Nacional brasileiro [...]. São muitos os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional sobre o tema [...]”⁷⁴

Em seguida, na mesma peça, apresenta os diversos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional que incluem a discussão de se criminalizar a homofobia, como o Projeto de Lei do Senado nº 122/2006 e da Câmara dos Deputados nº 1959/2011.⁷⁵

Adiante, afirma que “não há que se cogitar inércia do Legislativo, sendo seguro afirmar não estar caracterizada mora legislativa”⁷⁶, já que possuem projetos de lei em trâmite que abarcam o tema.

⁷⁴ SENADO FEDERAL – Peça de Informações da ADO nº 26/DF. Evento 31. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?sEqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: <19/01/2020>. P 17.

⁷⁵ Idem. P. 20

⁷⁶ Idem. P. 21

Por fim, ainda dispõe que “não há *inertia deliberandi*, que a decisão política não engloba apenas o resultado pretendido por ou outro grupo de interesse. Deve-se estar ciente de que uma *não decisão*, no âmbito da produção legislativa também é uma decisão”⁷⁷.

Nota-se, portanto, que a justificativa dada pelo Senado Federal sobre a omissão legislativa vai de encontro ao disposto anteriormente nas seções, sobre os requisitos para configuração da inconstitucionalidade por omissão, ao afirmar que, por haver tramitação de lei que regula a situação discutida, da criminalização da homofobia, não há que se falar em mora legislativa.

Todavia, em conformidade com o debate da seção 3 dessa pesquisa, a mora legislativa também se configura quando não há resposta do legislador dentro de um prazo razoável, já que a complexidade da elaboração legislativa não justifica a negligência em cumprir o mandamento constitucional⁷⁸.

Cabe ressaltar, também, que a discussão em tela não se trata de uma decisão política, como disposto pelo Senado Federal, mas sim uma discussão constitucional, já que envolve a análise de um possível mandamento constitucional não cumprido, deixando uma norma de eficácia limitada sem sua devida regularização e, portanto, sem produzir seus efeitos que seriam de proteção a um direito fundamental.

Fica evidente, ao longo dos resultados dessa pesquisa, que a discussão ensejada pela ADO nº26/DF não caracteriza debate político afim de favorecer um grupo que tem interesses próprios não atendidos. Mas que, então, se tratar de uma análise dentro da perspectiva do controle de constitucionalidade repressivo e concentrado de omissão, abrindo a discussão sobre um mandamento constitucional de criminalização disposto no Art. 5º, XLI, da CRFB.

Além do mais, os projetos de Lei mencionados pelo Senado Federal afim de provar a não incidência da *inertia deliberandi*, são todos antigos⁷⁹, se passando

⁷⁷ SENADO FEDERAL – Peça de Informações da ADO nº 26/DF. Evento 31. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?sEqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: <19/01/2020>. P 22.

⁷⁸ MENDES, Gilmar. Relator do Voto da ADI Nº 3682/MT. STF. DATA DE JULGAMENTO: 09/06/2017. p. 304. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>>. Acesso em: 01/09/2019.

⁷⁹ SENADO FEDERAL – Peça de Informações da ADO nº 26/DF. Evento 31. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?sEqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: <19/01/2020>. P 17-19.

mais tempo do que o razoável invocado pelo STF na decisão, acatada pela maioria dos decanos, do Relator da ADI nº 3682/MT⁸⁰.

É, ainda, defendido pelo J.J. Canotilho que esta tarefa de legislar o mandamento constitucional, cujo descumprimento “justifica o desencadeamento de sanções, jurídico-constitucionais, dentro das possibilidades existentes nos ordenamentos positivos: ações constitucionais de defesa, ações de inconstitucionalidade por omissão, petições, moções de censura de governo, dissolução do parlamento etc”⁸¹.

Ou seja, ao descumprir o mandamento constitucional de legislar, surgem as possibilidades jurídicas de sua efetivação, como, no caso do ordenamento jurídico brasileiro com a CRFB e do caso em tela, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Conforme ainda se verifica, segundo Jorge Miranda⁸², se tem a omissão sempre que “mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo acto ou certa actividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos, **não o faça em tempo hábil**, e a esse comportamento se liguem conseqüências (*sic*) mais ou menos adequadas.”

Forçoso concluir, portanto, que não se trata apenas da visão jurisprudencial do Brasil o enquadramento de que a omissão constitucional se configura com a mora legislativa de não fazer regular o mandamento constitucional em tempo hábil. É uma visão doutrinária inclusive portuguesa.

Portanto, em contramão ao posicionamento dado pelo Senado Federal, é disposto nas lições de J.J. Canotilho⁸³ que a omissão legislativa ocorre quando o legislador não faz algo que positivamente lhe era imposto pela Constituição. Se trata mais do que um simples não fazer, trata-se, então, de não fazer aquilo que de forma explícita estava constitucionalmente obrigado, que é o caso do Art.5º, XLI, da CRFB.

Realizada a análise da omissão legislativa, resta concluir se há, de fato, a inconstitucionalidade por omissão na não criminalização da homofobia no ordenamento jurídico brasileiro.

⁸⁰ MENDES, Gilmar. Relator do Voto da ADI Nº 3682/MT. STF. DATA DE JULGAMENTO: 09/06/2017. p. 304. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>>. Acesso em: 01/09/2019.

⁸¹ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, 2001. P 323/324.

⁸² MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, Tomo VI, 2001. P 272.

⁸³ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, 2001. P 331.

4.3 HÁ A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NA NÃO CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA?

A presente seção visa responder ao problema central da pesquisa, qual seja, se a não criminalização da homofobia é uma inconstitucionalidade por omissão.

A pesquisa até agora trouxe os elementos necessários para se conseguir responder ao problema, de forma que seja dentro dos parâmetros estabelecidos pelo próprio pesquisador. Se deu principalmente pelo método de pesquisa bibliográfica, utilizando da pesquisa já alocada nas seções anteriores, bem como de outras afim de dar suporte teórico.

Conforme com o que já fora analisado nas seções anteriores desta pesquisa, para que se veja consubstanciada a inconstitucionalidade por omissão é necessário, segundo jurisprudência do STF e, também, segundo as obras constitucionais utilizadas, que se observe a presença de dois requisitos, quais sejam: o mandamento constitucional de legislar e a omissão legislativa.

Pelos resultados encontrados, foi estabelecido que o inciso XLI, do art. 5º da CRFB configura mandado de criminalização direcionado ao poder legislativo, e que, por consequência, a edição de dispositivo legislativo penal para dar amparo àqueles que sofrem preconceito/discriminação por causa de sua orientação sexual é medida coincidente com o objetivo desse inciso constitucional, já que também foi analisado que a orientação sexual é um direito fundamental referente à dignidade humana.

Importante ressaltar, no elemento em análise da suposta omissão legislativa e congressual, que o referido mandamento constitucional é originário à promulgação da CRFB, ou seja, entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro junto com a Constituição, em 1988. Dessa forma, há mais de trinta anos o Congresso Nacional não teve interesse em punir atos e comportamentos resultantes de discriminação contra pessoas em razão de sua orientação sexual

No mais, é forçoso reconhecer que os projetos de Lei citados pelo Senado Federal como possíveis escusas da omissão legislativa já são antigos, não tendo nem a conclusão da tramitação, ocorrendo a *inertia deliberandi*⁸⁴.

⁸⁴ MENDES, Gilmar. Relator do Voto da ADI Nº 3682/MT. STF. DATA DE JULGAMENTO: 09/06/2017. p. 305. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>>. Acesso em: 01/09/2019.

Limitando-se ao objeto em pesquisa, resta claro que o poder legislativo, mesmo que tenha iniciado o processo de criação do dispositivo legal referente à criminalização da homofobia no Brasil (PLS n.º 122/2006, PLS n.º 515/2017 e PLCD n.º 1959/2011)⁸⁵, se mantém inerte e negligente há mais de trinta anos, ainda que desde a promulgação, em 1988, se exige a regulamentação do inciso XLI, do artigo 5º, da CRFB, já que é um mandamento constitucional de criminalização e dentro do rol de direitos e garantias fundamentais.

É de se concluir, portanto, já que os requisitos se encontram preenchidos, mandamento constitucional de legislar + omissão legislativa, que há a ocorrência da inconstitucionalidade por omissão na não criminalização da homofobia pelo poder legislativo.

⁸⁵ SENADO FEDERAL – Peça de Informações da ADO nº 26/DF. Evento 31. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?s_eqobjetoincidente=4515053>. Acesso em: <19/01/2020>. P 17.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno da criminalização da homofobia no Brasil é um tema complexo, que exige análise delicada de conceitos que porventura são tidos como controversos.

O problema central da pesquisa, qual seja, analisar se há inconstitucionalidade por omissão na não criminalização da homofobia, dentro dos limites do pesquisador e da pesquisa, foi respondido.

Os objetivos estabelecidos para alcançar a possível resposta foram realizados, sendo relevante mencioná-los: a) compreender o conceito de homofobia; b) compreender o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão e dos requisitos necessários à sua configuração; c) analisar o Art. 5º, inciso XLI da CRFB para entender se há o mandamento constitucional de criminalizar a homofobia e a possível omissão legislativa em regulamentá-lo.

Quanto ao primeiro objetivo, foi visto que a homofobia é um problema com aspectos sociais e jurídicos, considerando todo o histórico de criminalização do comportamento homoafetivo e, depois, seu diagnóstico como distúrbio durante o Século XX. Atualmente, se tem a homofobia como qualquer violência, verbal ou física, àqueles que demonstram interesse afetivo e sexual em pessoas do mesmo gênero ou sexo biológico.

Em relação ao segundo objetivo, foi visto que o controle de constitucionalidade no Brasil possui diferentes formas, bem como a inconstitucionalidade enquanto fenômeno jurídico. A inconstitucionalidade por omissão, por sua vez, é mais delicada, já que no histórico do ordenamento jurídico brasileiro ela foi tratada de maneiras diversas.

Foi estabelecido, então, que o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão depende de dois requisitos: *i)* o mandamento constitucional de legislar, que advém de um dispositivo constitucional de eficácia limitada, dependendo de uma norma infraconstitucional afim de regulamentar e dar eficácia/execução ao dispositivo; *ii)* omissão legislativa, que pode ser configurada tanto na fase inicial de propositura da lei (*inertia agendi*), quando o Poder legislativo deixa de realizar o processo legislativo que irá dar eficácia ao mandamento constitucional, quanto na fase posterior, quando

a deliberação do processo legislativo já se iniciou (*inertia deliberandi*), contudo não é finalizada.

Em seguida, quanto ao terceiro objetivo específico, foi utilizado para conseguir juntar e relacionar os conceitos acima estabelecidos dentro do caso concreto. O Art. 5º, inciso XLI, da CRFB, traz um direito público subjetivo com aplicação imediata, sendo uma norma constitucional de eficácia limitada, já que não possui efeitos por si só. A homofobia, enquanto violência direta à liberdade de dispor da própria sexualidade, se encaixa como “discriminação atentatória à dignidade humana”.

Por ser um mandamento constitucional de criminalização, ou de sanção penal, na CRFB, se observou que não se trata de um assunto novo dentro do ordenamento jurídico. Tanto o é que já houveram discussões de mandamentos penais na constituição, principalmente no STF, como é o caso do Art. 5º, XLII, da CRFB, referente ao mandamento constitucional de criminalizar o racismo.

No mais, considerando a análise sobre a omissão legislativa em criminalizar a homofobia, se percebe a inércia do Congresso Nacional em deliberar sobre o tema, principalmente levando em conta que o mandamento do Art. 5º, XLI, da CRFB se deu junto com a promulgação da própria constituição, portanto mais de 30 anos para poder se deliberar sobre o tema, o que configura a omissão legislativa.

Por fim, já que os requisitos se veem presentes no caso concreto da ainda não criminalização da homofobia por lei no ordenamento jurídico brasileiro, se encontra caracterizada uma inconstitucionalidade por omissão, dando, por fim, a possível resposta ao problema aqui disposto pelo pesquisador.

Importante destacar, contudo, que os resultados encontrados foram satisfatórios, tanto do ponto de vista acadêmico quanto do ponto de vista pessoal do pesquisador. O momento de construção dessa pesquisa exigiu grande esforço e dedicação, haja vista que se deu durante a pandemia mundial, declarada pela Organização Mundial da Saúde, do novo coronavírus com o surgimento da doença COVID-19.

Além disso, importante estabelecer esses conceitos acadêmicos que podem ser utilizados também na esfera social. A manutenção de possíveis direitos constitucionais cuja eficácia é limitada, não regulamentados, é sempre relevante enquanto objeto de discussão jurídica.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva 2ª ed. 2010.

BOMFIM, Silvano Andrade do. **Homossexualidade, Direito e Religião: da pena de morte à união estável. A criminalização da homofobia e seus reflexos na liberdade religiosa**. Ed. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 18. 71-103. 2011.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo. Ed. RT, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html> Acesso em:<10/09/2019>.

BRITTO, Ayres. **Relator do Voto da ADI nº 4277/DF**. STF. DATA DE JULGAMENTO: 05/05/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>>. Acesso em: 12/02/2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. 2ª Ed., Coimbra: Coimbra, 2001.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático**. 7. Ed. Belo Horizonte: Del rey, 2001.

COSTA, Ronaldo Pamplona da. **Homossexualidade: Saúde X Doença**. In Biomédica e Sexualidade, sob a coordenação de Tereza Rodrigues Vieira. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

DIAS, Maria. Berenice.. **União Homossexual – O Preconceito & a Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Direito fundamental à homoafetividade**. 2010. Disponível em:

<[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_665\)24__direito_fundamental_a_homoafetividade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_665)24__direito_fundamental_a_homoafetividade.pdf)>. Acesso em: 27 jan. 2020.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

DOVER, Kenneth James. **A homossexualidade na Grécia antiga**. São Paulo: Nova Alexandria. 1994.

Entrevista disponível em <<http://tvbrasil.ebc.com.br/reporterbrasil/bloco/projeto-de-lei-que-criminaliza-a-homofobia-deve-ser-arquivado-no-congresso>> Acesso em: 19 out. 2019.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões Homossexuais e seus efeitos jurídicos**. São Paulo: Método. 2004.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade: A vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal. 1984.

GOMES, Veronica de Jesus. **Vício dos Clérigos: A Sodomia nas Malhas do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa**. 2010. UFF.

INTELLECTUAL RESERVE, Inc. **BÍBLIA. Levítico.** 2015. Disponível em <<http://media.ldscdn.org/pdf/lds-scriptures/holy-bible/holy-bible-83800-por.pdf>>. Acesso em 02/10/2019.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARCONI, Ítalo. **Homossexualidade, cultura e política. Literatura moderna e homossexualismo: pressupostos básicos, ou melhor, mínimos.** Porto Alegre: Sulina. 2002.

MASCARENHAS, Paulo. **Manual de direito constitucional.** Salvador. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 10ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC E AD: comentários à Lei 9.868/99.** São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar. **Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Omisao_Legislativa_v__Port.pdf> Acesso em: 10 de setembro de 2019.

MENDES, Gilmar. **Relator do Voto da ADI Nº 3682/MT.** STF. DATA DE JULGAMENTO: 09/06/2017. p. 305. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>>. Acesso em: 01/09/2019.

MENDES, Gilmar. **Relator do Voto do HC nº 104.410/RS.** STF. DATA DE JULGAMENTO: 06/03/2012. p. 12. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>>. Acesso em: 19/01/2020.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, Tomo VI, Coimbra: Coimbra. 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

MOREIRA, Ana Cristina. **A homossexualidade do aluno no espaço escolar à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. UNIFIEO - CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO São Paulo, v. 1, n. 1, p. 11. Disponível em: <http://www.unifieo.br/pdfs/Ana_Cristina_2009.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2019.

NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

Ordenações Filipinas – Digitalizada por Ângela dos Anjos Aguiar Salgueiro. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm?inp=sodomia&qop=%252B&outp=/>>>.

Ordenações Manuelinas – Digitalizada por Arménio Alves Fernandes Coimbra. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>>>.

POCAHY, Fernando Altair; NARDI, Henrique Caetano. **Saindo do armário e entrando em cena: juventudes, sexualidades e vulnerabilidade social**. Revista Estudos Feministas. 2007, vol.15, n.1, pp.45-66.

PPS – **Petição Inicial da ADO nº 26/DF**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: <19/01/2020>.

SANTANA, Izaias José de. **O poder judiciário e o controle do conteúdo das políticas públicas de saúde**. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito. São Paulo, 2011.

SENADO FEDERAL – **Peça de Informações da ADO nº 26/DF**. Evento 31.
Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: <19/01/2020>.

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 2.495/SC. VOTO. Relator:
Ministro **ILMAR GALVÃO**. Disponível em:
<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14748323/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2495-sc/inteiro-teor-103133754?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 01 de setembro de 2019.

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO N.º 26/DF.
VOTO. Relator: Ministro **Celso de Mello**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>>.
Acesso em: 01 de setembro de 2019.

**STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO N.º 26/DF –
DECISÃO DE JULGAMENTO**. Disponível em:
<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 01
de setembro de 2019.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso**. São Paulo: Record. 2000.